

# Kroniek van het constitutioneel recht

Michiel van Emmerik, Hans-Martien ten Napel & Jerfi Uzman<sup>1</sup>

Referendum exit? Constitutionele toetsing in de ijskast? In deze kroniek van het constitutionele recht proberen we de constitutionele 'highlights' van het afgelopen jaar zo goed mogelijk in kaart te brengen. Ondanks de geschetste constitutionele ontwikkelingen kunnen we vaststellen dat er in de kern van ons constitutionele bestel juist niet veel is gewijzigd. De echte constitutionele veranderingen vinden doorgaans buiten de klassieke kaders van de formele Grondwetwijziging plaats. Het laatste woord hierover is nog niet gezegd, zeker niet nu de staatscommissie Parlementair Stelsel in haar voorlopig rapport juist pleit voor de invoering van een correctief referendum en een vorm van constitutionele toetsing. Dit neemt echter niet weg dat in de kroniek zo nu en dan sprake is van turbulentie, zoals in de Koninkrijksrelaties en de onder (hoog)spanning staande verhoudingen binnen de Europese Unie als het gaat om de kernwaarden van de rechtsstaat in Hongarije en Polen. En dan hebben we het nog niet over de precieze gevolgen van de Brexit, of het arrest van het Gerechtshof Den Haag in de Urgenda-zaak, dat juist gewezen werd bij de correctie van de drukproeven. Voldoende voer voor deze kroniek.

## Inleiding

Ieder jaar zijn uw chroniqueurs weer naarstig op zoek naar een rode draad in de constitutionele ontwikkelingen van de afgelopen periode. Diverse sleutelwoorden passeren de revue: referendum exit?; Brexit?; soevereiniteit, om er slechts enkele te noemen. Maar misschien moeten we ondanks de vele hierna te kort geschetste constitutionele ontwikkelingen vaststellen dat er in de kern van ons constitutionele bestel juist niet veel is veranderd. Referendum exit, constitutionele toetsing definitief in de ijskast (?) en in wezen houdt de rechter zijn klassieke terughoudendheid in de trias waar hij min of meer omstreden keuzen van de wetgever krijgt voorgeschoteld (denk aan het niet-referendabel maken van de intrekkingwet van de Wet raadgevend referendum). Mogelijk vinden de echte constitutionele veranderingen doorgaans buiten de klassieke kaders van de formele Grondwetwijziging plaats.<sup>2</sup> Tegelijkertijd lijkt het er op dat de (wijze van) afschaffing van het raadgevend referendum en het 'laatste' referendum over de nieuwe Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten juist de 'brede maatschappelijke discussie' over de inbreng van de kiezers bij de 'Haagse' besluitvorming verder hebben aangewakkerd. Het laatste woord hierover is nog niet gezegd, zeker niet nu de staatscommissie Parlementair Stelsel in haar voorlopig rapport juist pleit voor de invoering van een correctief referendum. Op lokaal niveau wordt verder gezocht naar nieuwe vormen van

inspraak en betrokkenheid bij de plaatselijke besluitvorming. De discussie over de (toekomstige) verhouding tot de Europese Unie blijft actueel, niet in de laatste plaats door de beoogde uittreding van onze burens aan de overkant van de Noordzee. Rode draad of niet, laten we overgaan tot een (te) korte schets van de constitutionele 'krenten uit de pap' van het afgelopen jaar.

## Nederland en Europa

In het licht van de (toekomstige) samenwerking met de Europese Unie is het op de valreep van de sluiting van deze kroniek verschenen WRR-rapport *Europese variaties* de vermelding waard. De WRR bepleit – kort gezegd – meer variatie in de samenwerking op Europees niveau. Juist om bijna dertig, onderling zeer verschillende staten

### Auteurs

1. Mr. dr. M.L. van Emmerik, mr. dr. H.-M. Th.D. ten Napel en mr. J. Uzman zijn verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Deze kroniek bestrijkt de periode september 2017 t/m 31 augustus 2018, waarbij nog een enkele latere ontwikkeling kon worden meegenomen. De ruimte ontbreekt helaas om te verwijzen naar alle in het verslagjaar

verschenen interessante constitutionele publicaties. Met dank aan onze student-assistent Jeanine Ruitenburg.

### Noten

2. Vergelijk R. Passchier, *Informal constitutional change. Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017.

# Aan het slot van haar artikel spreekt Van Vugt van de ‘wispelturige houding van de politiek ten aanzien van referenda’, die volgens haar nog het beste te omschrijven valt als ‘referandom’

en hun burgers waar nodig te verenigen, zal de EU meer ruimte moeten bieden voor variatie. Een keuze tussen de uitersten van volledige integratie of desintegratie is niet nodig. Variatie biedt mogelijkheden om onderwerpen die Europese samenwerking vereisen, zo aan te pakken dat nationale democratieën hun eigen rol kunnen blijven vervullen. Tegelijkertijd is niet op alle terreinen evenveel variatie mogelijk of wenselijk. Zo verdraagt de gemeenschappelijke markt zich slecht met variatie en mag er niet gemarchandeerd worden met gemeenschappelijke rechtsstatelijke waarden binnen de Europese Unie, aldus de WRR. Dat laatste is ongetwijfeld een fingerwijzing naar de actuele situatie in lidstaten Hongarije en Polen en de in gang gezette ‘artikel 7’-procedures. Medeauteur Hirsch Ballin van dit rapport bepleit in dit verband de opnemings in de Grondwet van een bepaling over de aanvaarding van het EU-recht maar onder de voorwaarde dat de EU als geheel en alle lidstaten beginselen van democratie, rechtsstaat, mensenrechten en de principes van een sociale markteconomie over en weer blijven respecteren.<sup>3</sup> Het is nog de vraag hoe de voorstellen van de WRR precies handen en voeten moeten krijgen maar zij vormen in ieder geval een belangrijke bijdrage aan de discussie<sup>4</sup> over de (toekomstige) samenwerking binnen de Europese Unie, zeker als de Brexit definitief is, al is de precieze vormgeving daarvan bij de afsluiting van deze kroniek nog allerm minst duidelijk.<sup>5</sup> Deze discussie stond ook centraal op de staatsrechtconferentie in Maastricht over Begrenzende Soevereiniteit, waarvan diverse preadviezen binnenkort in druk verschijnen. De vraag naar nationale soevereiniteit is ook prominent aanwezig bij de diverse ontwikkelingen op Europees niveau ten aanzien van verscherping van begrotingstoezicht en de omvorming van het intergouvernementele Europees Stabiliteitsmechanisme (ESM) tot een communautair Europees Monetair Fonds (ESF).<sup>6</sup> Dat het budgetrecht van het nationale parlement hierdoor – in ieder geval in materiële zin – onder vuur komt te liggen, blijkt uit twee kort na elkaar verschenen dissertaties in deze kroniekperiode.<sup>7</sup>

## Staatsrecht en politiek

### Kabinetsformatie

Het begin van de periode waarvan deze kroniek verslag wil doen, stond nog in het teken van de vorming van het kabinet-Rutte III, dat uiteindelijk op 26 oktober 2017 kon worden beëdigd. Het is, na hetgeen wij daarover vorig jaar reeds opmerkten, niet nodig op deze plaats nader stil te staan bij de procedure van kabinetsformatie. Achteraf bezien, waren er geen staatsrechtelijke bijzonderheden aan verbonden die hier het vermelden waard zijn. Hoogstens valt te registreren dat de formatie met 212 dagen de

langste uit de parlementaire historie is. Tot vorig jaar was die van 1977, met 208 dagen, recordhouder.

De uitkomst van de kabinetsformatie is een kabinet van vier partijen, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, dat niettemin slechts over de krapst mogelijke meerderheid in zowel de Tweede als de Eerste Kamer beschikt. Met nieuwe Provinciale Statenverkiezingen op komst in 2019, is het bovendien onzeker of het kabinet zijn meerderheid in de Eerste Kamer zal weten te behouden. De populistische golf mag dan vorig jaar aan Nederland, in vergelijking met sommige andere Europese landen, schijnbaar enigszins voorbij zijn gegaan, kennelijk was het na de verkiezingen toch geen sinecure een kabinet te formeren dat op een bestendige vruchtbare samenwerking met de Staten-Generaal zou kunnen rekenen.

Inhoudelijk merkte (toen) hoofdredacteur Buruma in een beschouwing in dit blad naar aanleiding van het regeerakkoord op: ‘Een regeerakkoord is de uitkomst van politiek onderhandelen en juristen moeten het in beginsel met de resultaten van die onderhandelingen doen. Ze kunnen hooguit erop wijzen dat bepaalde uitkomsten in strijd zijn met de Grondwet, het EU-recht of het EVRM en verder aangeven dat bepaalde uitkomsten doenlijk zijn en andere lastiger.’<sup>8</sup> Het is niet helemaal duidelijk of Buruma onder juristen hier ook rechtswetenschappers begrijpt. In dat geval zou de rechtswetenschap zich min of meer dezelfde rol toebedelen als de Raad van State en daarmee de vraag doen rijzen wat haar toegevoegde waarde nog precies is.

### Referendum

Het was wat dat betreft interessant om te zien hoe Reiner de Winter, naar aanleiding van de discussie over het raadgevende referendum, een oproep deed om van meer ‘verbeeldingskracht’ blijk te geven in het staatsrecht dan tot dat moment het geval was geweest.<sup>9</sup> In het regeerakkoord had het nieuwe kabinet aangegeven de wet die het raadgevende referendum mogelijk maakte in te zullen trekken, een voornemen waaraan het op 20 december 2017 uitvoering gaf door een wetsvoorstel van die strekking in te dienen.<sup>10</sup> Het wetsvoorstel strekkende tot opnemings in de Grondwet van bepalingen inzake het correctief, bindend referendum, van D66, GroenLinks en PvdA ‘overgenomen’ door SP-Kamerlid Van Raak, was op dat moment reeds door de Tweede Kamer in tweede lezing verworpen.<sup>11</sup>

Een artikel van de hand van Eva van Vugt geeft een overzicht van hoe de discussie over het referendum zich sinds 2005, maar in het bijzonder na het Oekraïne-referendum uit 2016, heeft ontwikkeld. In de geest van de oproep van De Winter, doet het echter meer. Aan het slot van haar artikel spreekt Van Vugt van de ‘wispelturige houding van de politiek ten aanzien van referenda’, die vol-

gens haar nog het beste te omschrijven valt als 'referendum'.<sup>12</sup> In het bijzonder ergert de auteur zich aan het feit dat over het wetsvoorstel tot intrekking van de Wet raadgevend referendum zelf ook al direct geen referendum meer kan worden gehouden: 'Deze gang van zaken getuigt van een visie dat wetten enkel dienen als instrument om politiek beleid uit te oefenen en niet als waarborg tegen overhaast overheidsoptreden. Het rechtsstatelijke aspect van wetgeving wordt daarmee veronachtzaamd'.<sup>13</sup>

Ook Suzanne Bloks toont zich kritisch, overigens zonder zichzelf daarmee automatisch ook als voorstander van het referendum te willen afficheren. Veeleer is het haar te doen om een 'onderbouwde en doordachte politieke besluitvorming'.<sup>14</sup> Dat nu is een ideaal waarin ook wie zich aangesproken voelt door de wat meer terughoudende benadering voor juristen, als verwoord door Buruma, zich vermoedelijk nog wel kan herkennen. Toch is het inderdaad enigszins de vraag of aan dit ideaal is voldaan in het geval van het referendum.

Op 21 maart 2018 vond, tegelijk met de gemeenteraadsverkiezingen, nog een raadgevend referendum plaats over de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv 2017). 49,44% van de kiezers stemde tegen de wet, 46,53% voor en 4,03% blanco, terwijl de opkomstdrempel werd gehaald. Het kabinet gaf hierop aan de in de wet neergelegde waarborgen op diverse onderdelen, onder meer met behulp van beleidsregels, te zullen aanscherpen.<sup>15</sup> Voor een raadgevend referendum over de Wet van 27 maart 2018 tot wijziging van de Wet op de orgaandonatie met het oog op de opname van een actief donoregistratiesysteem,<sup>16</sup> werd het inleidend verzoek weliswaar toegelaten. In de definitieve fase verzamelden de initiatiefnemers echter onvoldoende handtekeningen. Het wetsvoorstel tot intrekking van de Wet raadgevend referendum stond nog voor het zomerreces in het Staatsblad.<sup>17</sup>

### Staatscommissie

Enkele weken eerder had de Staatscommissie parlementair stelsel juist haar 'Tussenstand' vrijgegeven.<sup>18</sup> Deze betreft een aantal mogelijke oplossingen voor problemen die zij op 18 oktober 2017 had gesignaleerd in haar probleemverkenning. Aangezien het inderdaad nog om een tussenstand gaat, hoeven we er op deze plaats nog niet uitgebreid op in te gaan, voor zover dat in een kroniek

überhaupt al mogelijk is. Toch verdienen enkele punten thans reeds opmerking.

Ten eerste ademt het woord vooraf van voorzitter Remkes van de Staatscommissie een onmiskenbare urgentie, wanneer hij opmerkt dat het noodzakelijk is om de dijken van het staatsbestel 'op Deltahoogte te brengen': 'Dat betekent dat het parlementair stelsel en de parlementaire democratie moeten worden beveiligd en versterkt tegen bedreigingen en uitholling van binnen en van buiten. Daarmee wachten tot een combinatie van vliegende storm en springtij zich manifesteert is te laat. Het is beter om dergelijke maatregelen te nemen wanneer er nog gelegenheid is om dat weloverwogen te doen'.<sup>19</sup> Hiermee sluit de commissie aan bij een boeiende discussie of de constitutionele democratie al dan niet in crisis verkeert, zoals die ook in het vergelijkende staatsrecht steeds meer opgeld doet.<sup>20</sup> Ten tweede valt op dat

## Ten derde merkt de Staatscommissie de relatief geringe directe invloed van de kiezer op het proces van kabinetsformatie aan als 'een majeur probleem'

de commissie in haar voorstellen tot versterking van de democratische pijler van de rechtsstaat onder meer de invoering van een correctief, bindend referendum suggereert. In de betreffende paragraaf van de 'Tussenstand' besteedt de commissie geen aandacht aan de gedachtewisseling zoals die over dit onderwerp de afgelopen jaren in het parlement heeft plaatsgevonden.<sup>21</sup> Van hun kant zagen regering en Staten-Generaal kennelijk evenmin aanleiding om de beraadslagingen van de Staatscommissie af te wachten, alvorens in het afgelopen parlementaire jaar zowel over het correctief, bindende als over het raadgevende referendum negatief te besluiten.

3. SC nr. 13, 4 september 2018, p. 5.

4. Vergelijk bijv. de NRC-columns van C. de Gruyter, 'Flexibiliteit' is geen toverformule' (8 september 2018) en van P. Scheffer, 'Breek met spiegelgevecht over Europa' (26 september 2018).

5. Zie nader [https://ec.europa.eu/commission/brexit-negotiations/negotiating-documents-article-50-negotiations-united-kingdom\\_en](https://ec.europa.eu/commission/brexit-negotiations/negotiating-documents-article-50-negotiations-united-kingdom_en).

6. Vergelijk ook de voorlichting van de Raad van State over de toekomst van de economische en monetaire unie: *Kamerstukken II* 2017/18, 34387, 6. Zie ook de diverse voorstellen van de Europese Commissie uit december 2017: COM(2017)821.

7. M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur*, Deventer: Wolters Kluwer 2018. Vergelijk ook S. Popelaars, *Het nationale budgetrecht en Europese integratie. De juridische consequenties van Europese integratie voor het Nederlandse en het Duitse budgetrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

8. Y. Buruma, 'Vertrouwen in de toekomst', *NJB* 2017/1915, afl. 36, p. 2641.

9. R. de Winter, 'Wat doen we met het raadgevend referendum? Een oproep', *NJB* 2017/2279, afl. 43, p. 3138.

10. *Kamerstukken II* 2017/18, 34854, 1-4.

11. *Kamerstukken I* 2017/18, 34724.

12. E. van Vugt, 'Intrekking van de Wet raadgevend referendum. Over de nasleep van het Oekraïnerreferendum', *NJB* 2018/59, afl. 2, p. 84.

13. *Ibid.* Zie voorts: W. Voermans, 'De Catch-22 van de intrekking van de wet raadgevend referendum', *NJB* 2018/544, afl. 11, p. 732-738.

14. S. Bloks, 'De Wet raadgevend referendum afschaffen of verbeteren?', *NJB* 2018/60, afl. 2, p. 85-91. Vergelijk ook G. Boogaard, 'Intrekking Wet raadgevend referendum', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, jrg. 9, afl. 2.

15. *Kamerstukken II* 2017/18, 34588, 70; *Kamerstukken I* 2017/18, 34588, G.

16. *Stb.* 2018, 95.

17. Wet van 10 juli 2018, *Stb.* 2018, 214 (*Kamerstukken* 34854).

18. Zie [www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/publicaties/2018/06/21/tussenstand](http://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/publicaties/2018/06/21/tussenstand).

19. *Ibid.*, p. 3.

20. Zie bijv. M.A. Graber e.a., *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press 2018.

21. Zie [www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/publicaties/2018/06/21/tussenstand](http://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/documenten/publicaties/2018/06/21/tussenstand), p. 53-56.

Het is een dergelijke gang van zaken die de hiervoor reeds opgeworpen vraag rechtvaardigt of op dit thema is voldaan aan het door Bloks geformuleerde ideaal van 'onderbouwde en doordachte politieke besluitvorming'. Ten derde merkt de Staatscommissie de relatief geringe directe invloed van de kiezer op het proces van kabinetsformatie aan als 'een majeur probleem'.<sup>22</sup> Het is bepaald niet voor het eerst dat dat gebeurt en toch stelden wij hiervoor tegelijkertijd vast dat de kabinetsformatie van 2017 in elk geval geen noemenswaardige staatsrechtelijke bijzonderheden te zien had gegeven. Ten vierde oppert de Staatscommissie ter versterking van de rechtsstatelijke pijler van de democratische rechtsstaat de invoering van constitutionele toetsing door de rechter.<sup>23</sup> In de betreffende paragraaf refereert de Staatscommissie, anders dan bij haar behandeling van het referendum, wel aan het onlangs ingetrokken initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren. Zij voegt daaraan toe dat de gespreide toetsing waarin het initiatiefwetsvoorstel voorziet het risico in zich borg van politisering van de 'gewone' rechter. Bij de door de commissie bepleite geconcentreerde toetsing zou dit gevaar, mutatis mutandis, kennelijk minder problematisch zijn. Het is de vraag of dit argument volledig steekhoudend is, zeker nu de commissie de in het initiatiefvoorstel neergelegde beperking van toetsing aan alleen de grondrechten wil loslaten. Volgens ten minste één emeritus-hoogleraar staatsrecht zou invoering bovendien 'een vorm van terugval of regressie' opleveren: 'grondwetstoetsing als veiligheidsklep is voor de democratie in Nederland geheel onnodig en een aderslating voor de democratie'.<sup>24</sup> In de vijfde en laatste plaats noemen wij hier de gedachte van het versterken van democratische kennis en vaardigheden die de commissie eveneens oppert ter versterking van de rechtsstatelijke pijler.<sup>25</sup> Dit is een traditioneel voor veel juristen wat ongrijpbaarder idee, terwijl het welbeschouwd, om nog een keer terug te keren naar de door de commissievoorzitter in zijn voorwoord gehanteerde beeldspraak, zeker zoveel zoden aan de dijk kan zetten als sommige van de andere maatregelen die de commissie oppert.

### Varia

Op zijn eigen wijze is het kabinet-Rutte III inmiddels ook met staatkundige vernieuwing bezig, zij het op een wat bescheidener schaal dan een aantal van de voorstellen waarover de Staatscommissie zich dit najaar buigt. Deze vernieuwing betreft met name het verkiezingsproces dat, mede naar aanleiding van de laatste gemeenteraadsverkiezingen en het raadgevend referendum over de WIV 2017, volgens minister Ollongren transparanter, controlebaarder en toegankelijker moet worden.<sup>26</sup> Zo wil de minister gaan experimenteren met 'early voting', teneinde het aantal volmachten terug te brengen.

Vermelding verdient verder dat een eerste, nog beperkte modernisering van de Wet ministeriële verantwoordelijkheid dit kroniekjaar het Staatsblad haalde.<sup>27</sup> Tevens verzond de voorzitter van de Eerste Kamer een brief aan de Minister-President over een nieuwe beleidslijn ten aanzien van het aanhouden van (initiatief)wetsvoorstellen.<sup>28</sup> Verder berichtte de Minister van BZK de Tweede Kamer, gelet op de vigerende (grond)wettelijke

kaders, geen mogelijkheid te zien het parlement te betrekken bij de benoemingsprocedure van de vicepresident van de Raad van State.<sup>29</sup> Ten slotte is de door zeven partijen (uit coalitie en oppositie) gesteunde initiatief-Klimaatwet het memoreren waard, nu daarin een ambitieuze programmatische klimaatdoelstelling wordt neergelegd waaraan ook toekomstige kabinetten worden gebonden.<sup>30</sup> Het is nu afwachten of en in hoeverre deze afspraken politiek daadwerkelijk handen en voeten gaan krijgen.

### Openbaar bestuur en decentralisatie

Ook op het gebied van het openbaar bestuur en de decentralisatie verschenen er in het afgelopen kroniekjaar ten minste twee bijdragen die voldoen aan de wens van De

## Het gehele verslagjaar overziende, valt op dat de integriteit van het openbaar bestuur een terugkerend thema was

Winter om in de staatsrechtbeoefening 'verbeeldingskracht' ten toon te spreiden. De eerste is een verkenning van een aantal constitutionele en rechtsstatelijke uitdagingen waar de moderne, sterk geglobaliseerde stad zich voor ziet gesteld. Deze 'denkoefening' in wat de gevolgen zouden zijn van een grotere autonomie voor steden en regio's als Amsterdam/Zaandijk/Almere, Rotterdam/Den Haag en Zuidoost Brabant sluit niet direct aan bij de bestuurlijke realiteit, maar is paradoxaal daardoor juist bijzonder relevant. De vraag is immers of deze realiteit niet aanpassing behoeft, al dan niet voorafgegaan door een paradigmawisseling binnen het staatsrecht in de richting van een 'stadsconstitutionalisme'.<sup>31</sup>

Iets vergelijkbaars geldt voor een bijdrage over 'constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?'. Volgens de auteurs is tijdens de voorbereidingen van de nieuwe Omgevingswet vooral aandacht besteed aan zaken als 'flexibiliteit, slagvaardigheid en snelheid' en aanzienlijk minder aan constitutioneelrechtelijke aspecten zoals de territoriale bevoegdhedenverschuiving en de verschuiving van autonomie naar medebewind.<sup>32</sup> De verhuizing van de Omgevingswet naar het Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties beschouwen zij vanuit deze optiek als positief.

De bestuurlijke realiteit ten aanzien van decentralisatie was, zoals gezegd, opnieuw prozaïscher. Zo luidde een van de hoofdconclusies van de *Eerste evaluatie Jeugdwet* dat er van het beoogde effectievere jeugdstelsel nog geen sprake is.<sup>33</sup> Van de Minister van BZK kwam op 19 februari 2018 het bericht dat de door het vorige kabinet aangekondigde Experimentenwet gemeenten niet zal worden ingediend.<sup>34</sup> In plaats hiervan overweegt zij enkele herzieningen van de Gemeentewet en de Provinciewet,



met als oogmerk om de ruimte voor lokaal maatwerk en innovatie te vergroten.<sup>35</sup> Verder viel de tweede evaluatie van de Kaderwet zbo's positief uit.<sup>36</sup>

Het gehele verslagjaar overziende, valt op dat de integriteit van het openbaar bestuur een terugkerend thema was. Zo verzond de Minister van BZK, voorafgaand aan de gemeenteraadsverkiezingen, een brief over versterking van de integriteit van het lokaal bestuur, waarin Ollongren ook inging op de aanpak van aanhoudende bestuurlijke problemen bij gemeenten.<sup>37</sup> Een goede maand later volgde een brief als reactie op de uitkomsten en aanbevelingen van het rapport 'Welk risicoprofiel heeft wethouder Jo Palmen op het vlak van bestuurlijke integriteit' van de emeriti hoogleraren Elzinga en Korsten.<sup>38</sup> Naar aanleiding van dit laatste rapport verscheen in het NJB een boeiend artikel van een ethicus, waarin deze de nadrukkelijke verwerping door de auteurs van een 'brede invulling' van het begrip integriteit bekritiseerde.<sup>39</sup> Een eervolle vermelding verdient tevens een vergelijkend artikel over integriteitsregels voor leden van het Amerikaanse Congres, het Britse Lagerhuis, het Europees Parlement en het Nederlandse parlement uit een zusterijdschrift.<sup>40</sup> Ten slotte oordeelde de Groep van Staten tegen Corruptie van de Raad van Europa (GRECO) dat er ten aanzien van de aanbevelingen ter bevordering van integer gedrag bij het parlement nog slechts weinig vooruitgang was geboekt.<sup>41</sup>

## Grondwet

In de eerste plaats vond een heuse wijziging van de Grondwet plaats door de aanvaarding in tweede lezing door de Eerste Kamer van het voorstel tot grondwettelijke verankering van de BES-eilanden en het regelen van een kiescollege voor de Eerste Kamer.<sup>42</sup> Op het moment van schrijven van deze kroniek zijn negen wijzigingen van de Grondwet bij de Staten-Generaal in behandeling, waarvan zes op initiatief van de Tweede Kamer en drie ingediend door de regering.<sup>43</sup> Het al lang aanhangige wetsvoorstel tot grondwettelijke verankering van de Nederlandse taal is door de regering ingetrokken.<sup>44</sup> In de Eerste Kamer is in tweede lezing aanhangig het (D66-)

voorstel tot deinstitutionalisering van de benoeming van de commissaris van de Koning en de burgemeester,<sup>45</sup> waarbij overigens uitdrukkelijk nog geen voorschot is genomen op de vraag hoe deze laatste benoeming vervolgens precies vorm moet krijgen (rechtstreeks of via de gemeenteraad).

De twee (regerings)voorstellen tot toevoeging aan de Grondwet van een algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces zijn ook door de Eerste Kamer in eerste lezing aanvaard en wachten op de tweede lezing.<sup>46</sup> Dat lot zal het – ooit door de nieuwe burgemeester van Amsterdam Halsema ingediende – initiatiefwetsvoorstel tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod, dat al sinds 2010 in tweede lezing aanhangig is in de Tweede Kamer, niet treffen.<sup>47</sup> Daarbij is de belangrijke constitutionele vraag opgekommen of de direct na de ontbinding van de Kamer gekozen nieuwe Tweede Kamer in tweede lezing over het betreffende grondwetsvoorstel moet oordelen. De Afdeling advisering van Raad van State meent dat dit inderdaad het geval is en dat dit slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden – die hier niet aan de orde zijn – anders zou kunnen zijn. De Raad van State noemt hier het voorbeeld van het destijds vliegensvlug gevallen kabinet Balkenende II (met de LPF). Volgens de Raad van State moet het voorstel inmiddels als vervallen verklaard worden beschouwd maar is het oordeel hierover aan de Tweede Kamer. Juist op de valreep van de sluiting van deze kroniek stuurde Tweede Kamerlid Buitenweg (GroenLinks) een brief aan de Tweede Kamer waarin zij in één adem de overname en intrekking van het voorstel aankondigt.<sup>48</sup> De vaste commissie voor Binnenlandse Zaken heeft in reactie hierop overwogen dat het op grond van artikel 137 lid 4 Gw een grondwettelijke plicht is de tweede lezing van een voorstel tot Grondwetswijziging te overwegen en dat de enkele mededeling van de initiatiefnemer tot intrekking hiertoe onvoldoende is. In lijn met de genoemde voorlichting adviseert de vaste commissie de Kamer het voorstel niet langer te behandelen en te besluiten het als vervallen te beschouwen. De commissie verzoekt de plenaire Kamer aldus te besluiten.<sup>49</sup> Op 9 oktober 2018 heeft de Tweede Kamer het 'voorstel-Halsema' defini-

22. *Ibid.*, p. 57.

23. *Ibid.*, p. 82-87.

24. D.J. Elzinga, 'Constitutionele toetsing is terugval', *Binnenlands Bestuur* 20 juli 2018, [www.binnenlandsbestuur.nl](http://www.binnenlandsbestuur.nl).

25. Zie [www.staatscommissieparlementair-stelsel.nl/documenten/publicaties/2018/06/21/tussenstand](http://www.staatscommissieparlementair-stelsel.nl/documenten/publicaties/2018/06/21/tussenstand), p. 88-91.

26. *Kamerstukken II* 2017/18, 31142, 83.

27. Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 245 (*Kamerstukken* 34871); A. Jans, 'De Wet ministeriële verantwoordelijkheid 1855 in een modern jasje', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, jrg. 9, afl. 3.

28. *Kamerstukken I* 2017/18, 34775, AB.

29. *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 IIB, 7.

30. Namelijk het terugdringen van de uitstoot van broeikasgassen in Nederland in 2030 met ten minste 49% en in 2050 met ten minste 95% ten opzichte van 1990,

*Kamerstukken II* 2017/18, 34534, 10; vergelijkt ook het aan diverse sectortafels onder auspiciën van het zogenaamde Klimaatberaad tot stand gekomen Voorstel voor hoofdlijnen Klimaatakkoord, 10 juli 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 32813, 193.

31. M. Adams e.a., 'Constitutionalisme in de eeuw van de stad. Over stadsrecht en rechtsstaat', *NJB* 2017/1980, afl. 37, p. 2729, 2738.

32. F. Groothuise e.a., 'Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?', *NJB* 2018/637, afl. 13, p. 854.

33. *Kamerstukken II* 2017/18, 34880, 1.

34. 34 Vergelijk M.J. Jacobs, *Experimentele wetgeving* (oratie VU Amsterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

35. *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VII, 53. Vergelijk in dit verband diverse interessante bijdragen in: M. Duchateau & A.

Tollenaar (red.), *Vertrouwen in de lokale rechtsstaat. Decentralisatie als governance-vraagstuk*, Den Haag: Boom Juridisch 2018. Zie ook nader over de lokale democratie: H. Vollaard e.a. (red.), *De Gemeenteraad. Ontstaan en ontwikkeling van de lokale democratie*, Boom uitgevers: Amsterdam 2018 en Wim Voermans & Geerten Waling, *Gemeente in de genen. Tradities en toekomst van lokale democratie in Nederland*, Amsterdam: Prometheus 2018.

36. *Kamerstukken II*, 2017/18, 31568, 201.

37. *Kamerstukken II*, 2017/18, 28844, 146.

38. *Kamerstukken II*, 2017/18, 28844, 14.

39. M. Becker, 'Integriteit in het openbaar bestuur. Juristen moeten hun hand niet overspelen', *NJB* 2018/998, afl. 20.

40. P.P.T. Bovend'Eert, 'Publieke functie en publiek vertrouwen: integriteitsregels voor leden van het parlement. Vier parlementen

vergeleken', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, jrg. 9, afl. 1.

41. *Kamerstukken II*, 2017/18, 34775 VI, 105.

42. *Kamerstukken* 34702 en *Stb.* 2017/426.

43. Zie [www.denederlandsegrondwet.nl](http://www.denederlandsegrondwet.nl) voor een actueel en handzaam overzicht.

44. *Kamerstukken II* 2017/18, 32522, 7.

45. *Kamerstukken* 34716.

46. *Kamerstukken* 34516 en 34517.

47. *Kamerstukken* 32334.

48. *Kamerstukken* 32334, 12.

49. *Kamerstukken* 32334, 13. De vaste Commissie spreekt in haar brief van 27 september 2018 aan de voorzitter van de Tweede Kamer overigens ten onrechte van artikel 137 lid 2 Gw.

tief de constitutionele nek omgedraaid. Het voorstel tot invoering van een zogenaamd correctief wetgevingsreferendum is als gezegd in tweede lezing verworpen.<sup>50</sup> Overigens heeft minister Ollongren van BZK inmiddels toegezegd om 'nog eens te kijken' naar de grondwetsherzieningsprocedure uit artikel 137 Gw.<sup>51</sup> Over een andere bepaling uit de Grondwet gesproken – die over de parlementaire betrokkenheid bij de goedkeuring van verdragen (artikel 91) –, Coen Modderman verdedigde zijn proefschrift waarin hij een sterkere betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van verdragen bepleitte.<sup>52</sup>

### Koninkrijksrecht

Afgezien van het lichtpuntje van de hiervoor genoemde wijziging van de Grondwet ten aanzien van de BES-eilanden, werd ook deze kroniekperiode weer gekenmerkt door enige turbulentie in de Koninkrijksverhoudingen en niet alleen door de nasleep van de orkaan Irma.<sup>53</sup> Zo was er het unicum van bestuurlijk ingrijpen vanwege grove taakverwaarlozing waarmee Sint Eustatius onder curatele werd gesteld van een regeringscommissaris. De op één dag unaniem door beide Kamers aangenomen Tijdelijke wet taakverwaarlozing Sint Eustatius voorziet in de ontbinding van de eilandsraad, de ontheffing van hun functies van de

## Op 9 oktober 2018 heeft de Tweede Kamer het 'voorstel-Halsema' definitief de constitutionele nek omgedraaid

gedeputeerden en de waarnemend gezaghebber en de benoeming van een regeringscommissaris die tijdelijk het bestuur van Sint Eustatius op zich zal nemen. Zo vond het uiterste middel van ingrijpen vanwege grove taakverwaarlozing (zie artikel 132 lid 5 Gw) na bijna zeventig jaar weer (1951: ingrijpen in de communistische gemeente Finsterwolde) toepassing in de Nederlandse rechtsorde.<sup>54</sup> Er is nog steeds geen regeling voor de beslechting van geschillen tussen het Koninkrijk en de landen, een regeling waar toe het Statuut (artikel 12a) sinds 2010 de Rijkswetgever opdracht heeft gegeven. Kernpunt van de discussie is wie uiteindelijk deze geschillen beslecht: een onafhankelijke (constitutionele) rechter of een vorm van het klassieke Kroonberoep. In wezen gaat het ook hier om de vraag wie er in het Koninkrijk aan het langste eind trekt.<sup>55</sup> Verantwoordelijk staatssecretaris Knops heeft de Kamers laten weten dat het kabinet voornemens is de bedoelde Rijkswet nog dit jaar in te dienen.<sup>56</sup> Dat geschillen binnen het Koninkrijk niet van de lucht zijn, wordt voorts ook geïllustreerd door de in de nasleep van orkaan Irma ontslagen premier Marlin van Sint Maarten.<sup>57</sup> Ten slotte vraagt de AIV in een afgelopen zomer verschenen advies om meer aandacht voor de mensenrechten in de Caribische delen

van het Koninkrijk, in het bijzonder is het probleem dat door het Koninkrijk ondertekende mensenrechtenverdragen vaak alleen in Nederland van kracht zijn.<sup>58</sup>

### Rechtspraak

#### Rechterlijke organisatie

In de kroniekperiode werd het tableau van mogelijke disciplinaire straffen aan rechters verrijkt met de aanvaarding door beide Kamers van een wetsvoorstel van die strekking. Waar het arsenaal van mogelijke sancties ten opzichte van rechters tot voor kort nogal beperkt was (een schriftelijke waarschuwing of een ontslagprocedure bij de Hoge Raad), kan nu in voorkomende gevallen meer maatwerk worden geleverd in reactie op ongepast gedrag van rechters, onder meer door de introductie van de berisping, tijdelijke schorsing en inhouding van (maximaal) een half maandsalaris.<sup>59</sup> In het kader van de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer diende Kamerlid Van Nispen (SP) drie interessante moties in: een motie over de onverenigbaarheid van het rechterschap met de functie van advocaat, ambtenaar of politicus werd verworpen, een tweede motie over nader onderzoek naar de mogelijkheid van registratie van financiële belangen van rechters en de nevenfuncties van hun partners is aangehouden in afwachting van nader overleg van minister Dekker voor Rechtsbescherming met de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en een derde motie met het verzoek om in samenwerking met de Rvdr te zorgen voor meer transparantie bij zaakstoedeling is met algemene stemmen aangenomen.<sup>60</sup> Ten aanzien van de in de eerst genoemde motie genoemde incompatibiliteiten, lijkt minister Dekker wel open te staan voor het niet langer mogelijk maken van de combinatie Kamerlidmaatschap-rechterschap, hetgeen hem ook is geadviseerd door de Raad voor de rechtspraak. De minister heeft zich inmiddels uitgesproken tegen de uitbreiding van het openbaar register nevenbetrokkeningen met financiële belangen van rechters en de (neven)betrokkeningen van hun partners. Wel onderschrijft hij het belang dat deze financiële belangen intern bij het gerechtsbestuur bekend zijn. Ook wordt er in overleg met de Rvdr, het OM en de NVvR gewerkt aan (wettelijke) bepalingen ten aanzien van het (intern) melden van financiële belangen voor bepaalde rechterlijke functies. Ten aanzien van de Code Zaakstoedeling 2018 en de daarbij behorende zaakstoedelingsreglementen spreekt de minister de verwachting uit dat die eind van dit jaar per rechtsgebied gereed zijn en met ingang van 2019 worden gepubliceerd en geïmplementeerd in de gerechten.<sup>61</sup>

Het voorstel van Van Nispen voor een eigen begroting van de rechtspraak werd echter door de meerderheid van de Tweede Kamer verworpen.<sup>62</sup> Ten slotte valt uit de kroniekperiode te noemen dat de rechtspraak in financieel zwaar weer zit, onder meer door het afblazen van de grote digitaliseringsoperatie (KEI) en de forse daling van het aantal rechtszaken, mogelijk mede veroorzaakt door de afschrikwekkende werking van relatief hoge griffierechten.<sup>63</sup> Ook blijft er discussie over (het gebrek aan) diversiteit binnen de rechtspraak zelf.<sup>64</sup>

## Daarmee bleek de rechterlijke interventie in het Brits-Europese onderhandelingsproces uiteindelijk niet meer dan een storm in een glas Whisky

### Nederlandse constitutionele rechtspraak

Ook voor de rechtspraak was het bepaald geen saai jaar. Verschillende dossiers hadden een hoog politiek sensitief karakter of raakten staatsrechtelijke leerstukken. Geruchtmakend waren bijvoorbeeld de uitspraken waarin de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State korten metten maakte met het (hoger) beroep van imam Fawaz Jneid tegen het gebiedsverbod dat deze kreeg opgelegd, en van Prins Carlos de Bourbon de Parme tegen het besluit van de Minister van V&J om het, door hem verwekte kind toe te staan zijn achternaam en de titel Prins te voeren.<sup>65</sup> Dat gold ook voor de strafzaak tegen de Roermondse oud-wethouder Van Rey die in hoger beroep opnieuw werd veroordeeld wegens het aannemen van giften en zogenaamd 'klankborden in de partijlijn'.<sup>66</sup> Naast een voorwaardelijke celstraf, werd Van Rey een tijdelijk verbod opgelegd om bestuurlijke ambten te bekleden, al hield hij zijn passief kiesrecht zodat hij wel gemeenteraadslid en Limburgs Statenlid kon blijven.<sup>67</sup>

In de categorie strafzaken met een constitutioneel randje kan voorts gewezen worden op de ruzie in de Zoetermeerse gemeenteraad. SP-raadslid Lennart Feijen werd vervolgd nadat hij zijn collega Hilbrand Nawijn op Twitter voor racist had uitgemaakt. De rechtbank sprak Feijen in 2015 vrij, waarna hij in hoger beroep alsnog veroordeeld werd tot een boete. De Hoge Raad oordeelde dit jaar dat Feijen zijn uitspraken deed naar aanleiding van een in de gemeenteraad gevoerd publiek debat en dat 's hofs arrest daarom niet in stand kon blijven.<sup>68</sup> De strafzaak is terugverwezen naar Hof Den Haag. Niet elke kwetsende uitspraak is echter in het publieke debat toegestaan. Dat bleek toen een vurige fan van Geert Wilders in een documentaire over het Kamerlid over Arabieren sprak als 'fervente kontenbonkers die ook kleine jongens neuken (...)

dat is normaal in hun cultuur'. Hof Amsterdam merkte de uitspraken van de zelfbenoemde antropoloog niet als beledigend aan, want gedaan in de context van een publieke discussie. De Hoge Raad oordeelde dat het hof daarmee een te beperkte maatstaf had aangelegd.<sup>69</sup> Na terugverwijzing moet gezien worden of de uitspraken onnodig grievend zijn.

Dan waren er de zaken waarin de rechter werd gevraagd zich in gepolitiseerde kwesties te mengen. In dat verband valt in de eerste plaats te wijzen op de uitspraken van de Amsterdamse voorzieningenrechter in het zogenoemde Brexitgeding. In Nederland woonachtige Britten trachtten via de burgerlijke rechter hun rechten als Europese burgers ook na de Brexit veilig te stellen. De Amsterdamse voorzieningenrechter toonde zich aanvankelijk welwillend om over de kwestie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen, maar hij stelde die vragen later uit tot op het hoger beroep tegen zijn tussenvonnis door Hof Amsterdam zou zijn beslist.<sup>70</sup> Had de voorzieningenrechter nog principieel gesteld dat voor een *political question doctrine* geen plaats was wanneer de fundamentele rechten van het individu in het geding waren, het hof benaderde de kwestie praktischer en overwoog dat de gevraagde voorzieningen hogelijk vaag en daarom niet toewijsbaar waren.<sup>71</sup> Daarmee bleek de rechterlijke interventie in het Brits-Europese onderhandelingsproces uiteindelijk niet meer dan een storm in een glas Whisky. Een soortgelijke afloop kende ook de serie onvermoeibare pogingen van de Stichting Meer Democratie om de intrekking van de Wet raadgevend referendum (zonder daarover een referendum toe te laten) van tafel te krijgen. Na eerst de gang naar de bestuursrechter te hebben gemaakt, vorderde de stichting, nog hangende het wetsvoorstel, bij de burgerlijke rechter een verklaring voor recht dat de

50. Kamerstukken 34724.

51. Tijdens de plenaire behandeling van het genoemde wetsvoorstel Deconstitutionalisering benoeming commissaris van de Koning en burgemeester (34716), *Handelingen II* 2017/18, 40.

52. C.B. Modderman, *Parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van verdragen* (diss. Utrecht), in 2018 te verschijnen. Vergelijk ook E. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order. A legislative perspective* (diss. Leiden), 2018.

53. Vergelijk G. Karapetian & G. Hoogers, "'There's an ill wind blowing and it's bringing a storm...'. Orkaan Irma en het Koninkrijk der Nederlanden', *NJB* 2017/1981, afl. 37, p. 2740-2743.

54. Zie nader H. Broeksteeg & I. van Haaren-Dreesens, 'Ingrijpen op Sint Eustatius De herontdekking van de grove taakverwaarlozing?', *NJB* 2018/406, afl. 8, p. 548-554.

55. Zie nader A.B. van Rijn, 'De stenige weg naar een faire geschillenregeling', *AAe* 2017, p. 689-697.

56. Kamerstukken III/1 2017/18, 33845, 27.

57. Kritisch hierover G. Hoogers, 'The Storm has come, of: wie beslist over het minister-presidentschap in Sint Maarten. Over de vertrouwensregel, artikel 43 van het Statuut en de grenzen daarvan', *NJB* 2018/405, afl. 8, p. 540-547.

58. *Fundamentele rechten in het Koninkrijk: eenheid in bescherming*, AIV advies nr. 107, 10 juli 2018.

59. *Stb.* 2018, 298.

60. Kamerstukken II 2017/18, 33861, 24-26 en *Handelingen II* 2017/18, 47-10-1 t/m 6 en 48-27-1.

61. Kamerstukken I 2017/18, 33861, C, p. 4-6.

62. Kamerstukken II 2016/17, 34618, 1-4 (met kritisch advies Raad van State).

63. Het tekort van € 40 miljoen wordt blijkens de op Prinsjesdag gepresenteerde begroting van Justitie en Veiligheid voor 2019 aangevuld, Kamerstukken II 2017/2018, 35000 VI, 2, p. 46.

64. Zie de diverse nieuwsberichten op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

65. ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, respectievelijk ABRvS 28 februari 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:680.

66. Hof Den Haag 20 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3702.

67. Van Rey heeft aangekondigd in cassatie te gaan, dus wij zien deze zaak volgend jaar weer terug.

68. HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:541.

69. HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:539.

70. Rb. Amsterdam (vzr.) 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605; Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:933.

71. Hof Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2009.

intrekkingswet zou worden opgeschort zodat initiatiefnemers de tijd zouden krijgen om over die wet een referendum af te dwingen, of een verbod aan de Staat om de intrekkingswet bekend te maken.<sup>72</sup> Rechtbank Den Haag besloot echter om die beker aan zich voorbij te laten gaan. Zolang het wetgevingsproces nog niet was afgerond kwamen de vorderingen neer op ingrijpen in het wetgevingsproces, iets waar de civiele, noch de bestuursrechter toe bevoegd is, aldus de rechtbank.<sup>73</sup> Ook deze kwestie staat volgend jaar overigens ongetwijfeld weer op het menu: na afronding van het wetgevingsproces, kondigde Meer Democratie aan het opnieuw bij de bestuursrechter te proberen. *To be continued...*

Tot slot waren er de zaken waarin sprake was van rechtsvorming op staatsrechtelijke leerstukken. In dat verband valt in de eerste plaats te wijzen op de einduitspraak van de Hoge Raad inzake levenslange gevangenisstraf. Twee jaar geleden signaleerden we al de 'constitutionele lus' die de Hoge Raad introduceerde, teneinde de spanning tussen de levenslange gevangenisstraf en de eisen van het EVRM inzet te maken van een dialoog met de wetgever.<sup>74</sup> De Hoge Raad zette zijn bezwaren tegen de vigerende strafrechtelijke regeling bij tussenuitspraak uiteen en schorste de behandeling van de zaak vervolgens een jaar in afwachting van politieke besluitvorming. Eind 2017 pakte de Hoge Raad de draad weer op en concludeerde dat de, door de regering getroffen voorziening, *voorlopig* verenigbaar is met artikel 3 EVRM.<sup>75</sup> Daarmee was overigens niet iedereen het eens.<sup>76</sup> De discussie over het leerstuk van levenslang, maar ook die over het dialoogmodel en de constitutionele lus blijven dus hoog op de agenda staan.

Een opvallende ontwikkeling kon ook worden waargenomen in de jurisprudentie over de rechtstreekse werking van verdragsrecht. Naar goed gebruik vindt de rechtsontwikkeling op dit punt vooral plaats in het kader van het rookverbod. In 2014 leek de Hoge Raad in zo'n rookverbodzaak te suggereren dat de rechtstreekse werking van verdragsnormen, anders dan voorheen, contextueel (dus per geval) moest worden benaderd.<sup>77</sup> Dat de staat beleidsvrijheid heeft bij de implementatie van de norm is niet van belang zolang het resultaat maar voldoende nauwkeurig is. In een vervolgbaak over het rookverbod was Hof Den Haag dit jaar echter minder stellig.<sup>78</sup> Hoewel het hof het *Rookverbod*-arrest van de Hoge Raad uitvoerig aanhaalde, leek men vooral oog te hebben voor het element van de voldoende nauwkeurigheid van het eindresultaat en niet voor het element van de context. Zo leek het hof die nauwkeurigheid en de daaraan verbonden rechtstreekse werking toch weer te zien als een eigenschap van de verdragsnorm, zoals dat ook het geval was vóór het *Rookverbod*-arrest van de Hoge Raad. Het illustreert vooral dat de Hoge Raad, alle retoriek over meer motivering van rechtsvorming ten spijt, grote onduidelijkheid heeft laten bestaan over de toekomst van het leerstuk van de rechtstreekse werking. Het is te hopen dat de Hoge Raad daarover in 2019 klare wijn schenkt.

Tot slot valt nog kort te wijzen op twee recente uitspraken. Deze zomer maakte de Afdeling Bestuursrechtspraak duidelijk dat de Kerk van het Vliegend Spaghettimonster niet beschouwd kan worden als godsdienst in de zin van artikel 9 EVRM en de Paspoortuitvoeringsregeling

Nederland.<sup>79</sup> In de ogen van de Afdeling ontbrak de vereiste ernst en samenhang om van een godsdienst of een levensbeschouwing te spreken. En vlak voor de deadline voor het inleveren van deze kroniek, wees de Hoge Raad nog een arrest over de mogelijkheid van Nederlandse inlichtingendiensten om gegevens te (blijven) ontvangen van buitenlandse partnerdiensten. De Hoge Raad kon het oordeel van Hof Den Haag volgen, dat vooralsnog onvoldoende was komen vast te staan dat de Amerikaanse en de Britse inlichtingendiensten onrechtmatig handelen bij het verkrijgen van inlichtingen.<sup>80</sup>

### Europese rechtspraak

In constitutioneel opzicht trokken vooral vier uitspraken van het Hof van Justitie de aandacht. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de geruchtmakende zaak *L.M.* over het Europees Aanhoudingsbevel. Het Hof oordeelde daarin dat nationale rechters geen gevolg aan het Aanhoudingsbevel mogen geven wanneer de verdachte in de verzoekende staat mogelijk geen eerlijk proces wacht.<sup>81</sup> De context werd gevormd door groeiende zorgen over de *rule of law* en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen. Het Hof van Justitie sloot uitlevering niet categorisch uit, maar formuleerde een plicht voor de nationale

## De context werd gevormd door groeiende zorgen over de *rule of law* en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in Polen

rechter om eerst vast te stellen of de verzoekende staat structurele rechtsstatelijke problemen heeft, en vervolgens te bezien of ook de grondrechten van de individuele verdachte concreet in het geding zijn. Bij de eerste toets dient in het bijzonder acht te worden geslagen op de rapportages van de Europese Commissie aan de Raad over de rechtsstatelijkheid van de lidstaat in kwestie. Bij de tweede toets dient de rechter, als nog niet vaststaat dat de verdachte wel of geen risico loopt, inlichtingen in te winnen bij de Poolse rechter. De bewijslast rust dan op de Poolse rechter om aan te tonen dat hij onafhankelijk is. Een subtiele, maar uiterst gevoelige klap voor de Poolse regering. De *rule of law* en rechterlijke onafhankelijkheid stonden eerder dit jaar ook centraal toen Portugese rechters het EU-recht inschakelden om onder salariskortingingen uit te komen. In de zaak *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* legde de hoogste Portugese bestuursrechter, het Hof van Justitie EU de vraag voor of het Unierecht zich niet tegen zulke kortingen verzette.<sup>82</sup> Het Hof zag niet zo'n probleem in de salariskorting (die gold voor het gehele ambtelijk apparaat), maar het sloeg wel duidelijke piketpaaltjes en koos voor een relatief ruime reikwijdte van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in zaken over



rechterlijke onafhankelijkheid. Samen met *L.M.* lijkt het Portugese arrest dan ook vooral beschouwd te kunnen worden als een schot voor de Poolse boeg.

Veel aandacht was er in de media voor het arrest van het Hof in de Roemeense zaak *Coman* over de erkenning van het huwelijk van personen met een gelijk geslacht.<sup>83</sup> Weliswaar bepalen de lidstaten zelf of zij dergelijke huwelijken toestaan. Zij dienen een huwelijk gesloten in een andere lidstaat echter in zoverre te erkennen dat het hen niet is toegestaan om Unieburgers te beletten hun recht van vrij verkeer uit te oefenen door hun echtgenoten, afkomstig uit derde landen, een afgeleid verblijfsrecht te ontzeggen. Tot slot kan nog worden gewezen op het arrest *Achmea*, dat vooral voor de autonome werking van het Unierecht en de verhouding tot de internationale rechtsorde van belang is.<sup>84</sup> Het Hof van Justitie EU maakte zich daarin breed en bepaalde dat een arbitragebeding in een tussen Nederland en Slowakije gesloten overeenkomst over de bescherming van investeringen, onverenigbaar was met het Unierecht en daarom buiten toepassing gelaten moest worden. Het arrest heeft mogelijk vergaande gevolgen voor andere internationale handelsovereenkom-

sten, zoals TTIP en CETA, waarin ook arbitrageregelingen zijn vastgesteld.

## Besluit

Een kroniek als deze schiet altijd tekort als het gaat om een volledige behandeling van de constitutionele ontwikkelingen van het afgelopen jaar, rode draad of niet. Zo bestaat in het kader van deze kroniek geen ruimte voor het uitvoerig behandelen van de diverse grondrechtelijke thema's. Een thema dat in dat verband wel blijvende aandacht verdient is dat in het kader van de (terechte) aanpak van terreur- en andere soorten van dreiging steeds vaker (preventieve) bestuursrechtelijke middelen worden ingezet waarbij de rechterlijke toetsing pas daarna openstaat. Een belangrijke constitutionele vraag daarbij is en blijft of er niet voor bestuurlijke maatregelen die (diep) ingrijpen op grondrechten een voorafgaande rechterlijke toets is vereist.<sup>85</sup> Volgend jaar pakken we de constitutionele draad graag weer voor u op en doen we ongetwijfeld ook verslag van de op 14 december a.s. aan de Erasmus Universiteit te houden staatsrechtconferentie over 'Democratie: nieuwe ontwikkelingen' en de *Urgenda*-zaak. •

72. De bestuursrechtelijke uitspraak betrof: ABRvS 2 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:364.

73. Rb. Den Haag 4 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7888.

74. Zie *NJB* 2016/1815; HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325.

75. HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185.

76. Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens, *Mensenrechten in Nederland. Jaarlijkse rapportage 2017*, Utrecht: 2017, p. 158; zie tevens de kritiek van annotator J.A.A.C. Claessens in *NbStraf* 2018/50.

77. Zie onder meer HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928.

78. Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:172.

79. ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2715.

80. HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1434.

81. HvJ EU (Grote Kamer) 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586. Zie overigens ook: HvJ EU 19 september 2018, C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:733 (R.O.) waarin het Hof bepaalde dat de aankondiging van de Brexit niet betekent dat het

Europees Aanhoudingsbevel voor het VK zijn werking verliest.

82. HvJ EU (Grote Kamer) 27 februari 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

83. HvJ EU 5 juni 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

84. HvJ EU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

85. Vergelijk ook het concept-initiatiefwetsvoorstel bestuurlijk verbod rechtspersonen op grond waarvan de Minister voor Rechtsbescherming de bevoegdheid krijgt tot het verbieden van niet-politieke rechtspersonen ([www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)); kritisch hier-

over J. Koonstra & J.G. Brouwer, Het verbieden van Outlaw Motorcycle Gangs. Een effectieve maatregel?, *Ars Aequi* 2018, p. 696-700. Zie in bredere zin over de grondrechtelijke verplichtingen van de overheid: P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, *Realisering van grondrechten. De rechtsplicht van de overheid tot de verwerkelijking van grondrechten bij botsende rationaliteiten en belangen in een rechtspolitieke context* (diss. Amsterdam), 2018.